La place des arguments critiques dans l'appréhension juridique des œuvres : de la protection à la censure.

Agnès TRICOIRE
Avocat à la cour - Spécialiste en propriété intellectuelle
Déléguée de l'Observatoire de la liberté de création de la LDH

Introduction : le jugement de droit et le jugement de goût

Le jugement de droit se doit de reposer sur des critères objectifs. En effet, le juge qui doit appliquer la norme de droit ne doit pas faire tenir compte de sa propre opinion, mais il doit appliquer la règle éditée de façon générale à des situations particulières.

Entre la situation générale telle qu'elle est normée par la loi et la situation individuelle telle qu'elle est exposée au juge, il y a donc un espace d'interprétation.

L'objectivité du juge est souhaitable pour éviter des écarts d'interprétations qui seraient dus à des convictions personnelles.

Ceci étant posé, ces écarts existent, d'autant qu'en France, le système d'élaboration de la jurisprudence est fait de telle façon que la décision d'un tribunal ne lie pas l'interprétation que tel autre tribunal pourrait faire d'une situation identique.

Ceci vaut pour des tribunaux de mêmes niveaux. Si le TGI de LYON a dit blanc, le TGI de PARIS peut dire noir.

Il n'y a pas non plus de contrainte hiérarchique. Si le TGI de PARIS dit Blanc, la Cour d'appel de PARIS peut dire Noir, et dans une autre affaire le TGI de PARIS peut dire Gris. Les tribunaux n'auront aucune sanction, et le jugement sera valable.

Même quand la Cour de cassation s'est prononcée, les juridictions du fond restent libres de ne pas adopter la solution retenue par la Cour suprême.

Au plaideur alors de faire avancer sa cause jusque devant elle pour obtenir satisfaction.

La jurisprudence est donc relativement non contraignante, relativement parce que des tendances se dégagent néanmoins qui permettent aux juristes de connaître l'état du droit, et aux justiciables de ne pas être dans une trop grande insécurité juridique.

Pour distinguer le jugement de droit d'un jugement critique, il faut tenir compte de la porté des jugements.

Le jugement de droit dit le droit applicable à telle situation donnée de façon péremptoire. Il s'applique d'autorité aux parties.

Le jugement critique propose une analyse d'œuvre. Il est une interprétation plus ou moins autoritaire de l'œuvre, mais n'a pas d'autre influence que sur le lecteur ou le spectateur. Il n'influe pas sur les relations juridiques entre les parties (auteur-public), ni entre les parties et les œuvres (il emporte une force de suggestion pour la rencontre entre le public et l'œuvre, ou la non rencontre, mais celle-ci reste libre).

Alors que le jugement de droit détermine la situation juridique, qui va de la détermination de l'existence d'une œuvre, à celles des personnes qui ont un lien légitime avec elle (paternité de l'œuvre) voir à la détermination de celles qui ont un lien illégitime à l'œuvre, (copie d'une œuvre, poursuites du contrefacteur…).

Par ailleurs, le jugement critique est essentiellement pluriel, et il n'est pas autorisé, alors que le jugement de droit est unique. Si le juge est saisi pour dire qu'une œuvre est protégeable, il rendra un jugement opposable à tous, ce que les juristes définissent par l'autorité de la chose jugée. Ce qui signifie que, pour cette œuvre là, aucune autre solution ne pourra être rendue, dès lors que les voies de recours auront été épuisées ou non exercées. Le jugement est dit alors définitif.

On voit donc que, pour les œuvres, le jugement de droit est déterminant, alors que le jugement de goût est réfléchissant, pour reprendre la terminologie kantienne, c'est-à-dire qu'il n'est qu'une prétention à recueillir l'assentiment de tous.

Il y a donc deux occurrences où le droit a une influence déterminante sur l'œuvre, c'est quand il dit qu'elle est une œuvre pour le droit, et d'autre part quand il dit si l'œuvre est « légale ». Dans le premier cas, il va, au moyen des règles du droit d'auteur, dire si l'œuvre est protégeable, alors que dans la deuxième occurrence, il dira si elle doit être interdite à raison de l'illicéité de son contenu.

Il se trouve qu'il peut y avoir une corrélation entre la première question et la deuxième. La loi ne le prévoit pas expressément.

Entre le droit d'auteur qui détermine l'ensemble des droits moraux et pécuniaires des auteurs sur les œuvres, et les lois habituellement appelées de censure, aucun pont n'a été prévu par le législateur. Il n'y a donc pas en France d'exception artistique légale qui permettrait à une œuvre, au motif qu'elle est une œuvre juridiquement, de passer au

travers des mailles du filet de la censure.

Bien au contraire, l'ensemble de la loi de 1881 sur la presse est généralement considérée comme devant s'appliquer à tout types de discours, que celui-ci soit argumentatif (discours politique, scientifique, journalistique) ou artistique.

La loi sur la presse permet de punir notamment l'incitation à commettre des délits, l'incitation à la haine raciale, l'injure ou la diffamation de personnes ou de groupes de personnes à raison de leurs origines, leurs convictions, leurs orientations sexuelles, leurs religions…

Ici le juge devra qualifier les propos qui sont reprochés afin de déterminer s'ils constituent le délit. Sa marge d'interprétation est en l'espèce tout à fait considérable, il suffit pour s'en convaincre d'examiner la jurisprudence, qui est l'ensemble des décisions rendues, pour comprendre que la part de subjectivité du jugement de droit est ici importante.

Exemple, non encore jugé puisqu'une enquête du parquet est en cours, le spectacle de Dieudonné doit-il est être interdit ou puni à raison de son contenu antisémite ? Doit-il être considéré comme révisionniste ?

La loi pénale permet par ailleurs de punir « *Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* »(Article 227-24).

Concernant le champ de cette article, le mot « message » est actuellement compris par la majorité des juristes comme incluant les œuvres. On y reviendra.

Nous avons ici trois critères, la violence, la pornographique, être de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine.

Ces critères ont fait consensus entre la droite et l'aile gauche du Parti socialiste lorsque la loi a été discutée à l'Assemblée nationale. Ils sont le résultat d'un *lobbying* actif de Familles de France au moment de la réforme du code pénal, c'est à dire d'une association particulièrement conservatrice.

Ils remplace l'ancien délit d'outrage aux bonnes mœurs, que le législateur avait tout bonnement décidé de supprimer, notamment à cause de sa trop grande élasticité et de sa référence à la morale, entrainant trop d'appréciation subjective chez le juge.

Pour autant, les nouveaux critères sont-ils plus objectifs ?

La violence n'est pas définie par la loi. On mesure le degré de subjectivité qu'implique une telle définition, à tel point que ce critère est très rarement utilisé judiciairement. En revanche, il est intégré dans les systèmes de classifications des œuvres, pour les visas concernant les films, et pour les heures de diffusion concernant les émissions de télévision.

Par exemple, j'ai le souvenir, du temps où nous avions la télévision, d'avoir vu avec une certaine sidération une série venant des USA faisant l'apologie de la peine de mort sur TF1 le samedi après midi.

Je n'ai pas le souvenir que quiconque ait critiqué TF1 pour avoir diffusé des messages violents pour autant.

Dans les divers rapports qui ont été écrits il y a quelques années sur la violence à la télévision, l'accusé principal s'est trouvé être le cinéma. Ni la spectacularisation de la violence dans l'information, ni la violence faite aux individus que l'on encourageait alors à révéler leur vie intime aux téléspectateurs, n'a été incriminée par les rapporteurs.

L'atteinte à la dignité humaine est un critère encore moins utilisé contre les œuvres. La dignité est à la fois une belle chose et un piège. Je sais ce que sont des conditions indignes de détention. Car il existe des critères objectifs pour les définir : Conditions d'hygiène, accès aux droits, conditions de sécurité physique et mentale. Mais quand il s'agit de critique non plus une situation réelle mais une représentation symbolique, quels sont les critères auxquels on peut avoir recours ?

Le spectacle de Dieudonné porte-t-il gravement atteinte à la dignité humaine ?

La pornographie, qu'est-ce que c'est ? J'ai beaucoup écrit sur le sujet[1], et je ne peux toujours pas en livrer une définition « sûre ».

Sur ces trois notions réunies, le Conseil d'état a jugé récemment :

---

[1] « C'est pas de l'art, c'est de la pornographie », in *Le sens de l'indécence* - Collection essais LA LETTRE VOLEE 2005

« Le sexe et sa représentation artistique » - In *La liberté sexuelle* Sous la direction de D. BORRILLO et D. LOCHAK, PUF 2005

> « *le film* « Quand l'embryon part braconner » *comporte, par la représentation d'une rencontre banale entre un homme et une femme, de nombreuses scènes de torture et de sadisme d'une grande violence physique et psychologique, et présente une image des relations entre les sexes fondée sur la séquestration, l'humiliation et l'avilissement du personnage féminin, dont la mise en scène est de nature à heurter la sensibilité des mineurs ; qu'ainsi, le ministre de la culture et de la communication n'a pas commis d'erreur d'appréciation en interdisant la diffusion du film en cause aux mineurs de moins de 18 ans »*

J'ai vu le film, et je n'ai manifestement pas vu le même film.

Or l'arrêt du Conseil d'Etat, même s'il propose une interprétation, qui est contestable, ou en tous cas discutable, a autorité : le film est définitivement interdit aux mineurs et ne pourra donc passé que sur des chaines cryptées, contrairement à ce qu'avait prévu une grande chaine de télévision.

Les juges n'ont ici tenu aucun compte de la presse qui avait unanimement loué le film, comme « Les Inrockuptibles », ou « Le Monde ».

Ils n'ont tenu aucun compte de leurs critères habituels qui sont par ailleurs que la pornographie est constituée quand les scènes de sexe sont non simulées (il n'y en a pas ici), et que la violence doit être « très grande » (ici le ministre l'avait juste jugé « grande », comme d'ailleurs le Conseil d'Etat).

La pornographie littéraire

Quand nous sommes face à la littérature, la pornographie, qu'est-ce que c'est ? L'acte est toujours simulé, il n'y a pas d'acteurs… Parfois, le critère de la réception joue devant le tribunal et il y a interaction entre la presse et les juges. Voici comment.

Saisie par le président de l'association Promouvoir d'une plainte contre le roman de Michel HOUELLEBECQ, « Plateforme », le TGI de CARPRENTRAS prend le parti d'exclure l'œuvre littéraire et le roman du champ d'application de l'article 227-24, en les distinguant de *« l'écrit spécifiquement pornographique ».* La démarche est louable, car cela voudrait dire que l'œuvre n'est pas un message, et elle tente de copier les classifications du cinéma. Mais qu'est-ce qu'un *« écrit spécifiquement pornographique » ?* Et comment admettre que, a contrario, l'œuvre littéraire pornographique ne soit plus une œuvre ?

Le tribunal, qui, avec la meilleure volonté du monde, explique que « Plateforme » est une œuvre, n'est pas très convaincant, car il tombe

dans le piège de l'arbitraire : « *si le propos litigieux développé par l'auteur défendeur agrémenté de scènes sexuelles complaisamment décrites, peut certainement apparaître incongru, choquant, ou révoltant, l'ouvrage en cause n'en est pas pour autant dénué de toute valeur artistique ou littéraire, ainsi d'ailleurs l'on estimé nombre de critiques et de journalistes*"[2]. Le juge s'érige ici en critique, s'appuyant sur des « experts », et lie la protection de l'œuvre à son mérite, ce qui, dans l'autre versant du droit des œuvres, le droit d'auteur, lui serait interdit. Ce faisant, il soumet la qualification juridique de l'œuvre à son propre arbitraire, à sa subjectivité, donc à l'aléa. Or cette évaluation subjective est dépourvue de toute pertinence, car une œuvre est œuvre, juridiquement, à raison de l'originalité de sa forme, et inutile : un mauvais roman a le droit d'évoquer la pornographie, un mauvais film peut être violent, un mauvais tableau peut aborder le thème le plus indigne.

La réussite de l'œuvre n'est pas la question du juge mais du critique, et le juge n'a pas besoin de cette évaluation. Il lui suffit de dire que l'objet qu'il a à juger est une œuvre, ce qu'il sait faire en droit d'auteur, et de postuler ensuite que, dans l'œuvre, la violence, l'indignité ou la pornographie peuvent être représentés, car l'œuvre ne les présente pas de façon littérale, d'une part, et que d'autre part, il en va de la liberté de création : interdire de tels contenus à l'œuvre serait une violation manifeste de l'article 10 de la CEDH.

Un an après, le même tribunal, condamne l'éditeur Léo SHEER à une peine d'amende de 7.500 euros pour avoir publié « Il entrerait dans la légende » de Louis SKORECKI, en niant, par une analyse littérale et prétendument objective du contenu, purement et simplement la forme et son étroite intrication avec le fond. Le tribunal affirme que « peu importent les intentions de l'auteur quant au genre littéraire recherché ».

Ce qui revient à nier d'emblée que ce roman est une œuvre, puisque l'œuvre n'est œuvre que si elle est forme. Les juges se donnent ici le pouvoir, par cette disqualification préalable, de lire le contenu dans un sens univoque, littéral et prétendument objectif, alors que c'est précisément parce qu'elle est polysémique que l'œuvre est œuvre.

Le TGI de CARPENTRAS affirme que le roman est le « *monologue d'un tueur en série, principalement de femmes, et surtout de fillettes. Il n'est qu'une succession ininterrompue de scènes décrites avec une extrême crudité, de meurtres sauvages, avec recours délibéré à la violence gratuite, et de sévices sexuels, en particulier sur de jeunes enfants* ».

On peut bien évidemment lire ce livre ainsi, mais cette lecture, subjective en ce qu'elle est littérale, prétend analyser le fond sans la forme, ce qui, encore une fois, est un parti pris de lecture, une interprétation, un jugement de goût, en outre irrecevable, puisque l'œuvre ne saurait être interprétée partiellement au nom d'une séparation impossible du fond et de la forme. Un tel jugement ne devrait pouvoir prétendre s'imposer au

[2]25 avril 2002, BONNET et autres / FLAMMARION et HOUELLEBEC, Légipresse n° 192 juin 2002, I, p. 76

détriment d'autres analyses de l'œuvre, et fonder un jugement de droit, surtout si ce dernier aboutit à une condamnation du livre.

En d'autres termes, un jugement de droit sur une œuvre peut-il affirmer qu'elle dit une chose, et que cette chose est la réalité, c'est-à-dire l'unique lecture qu'on peut faire de l'œuvre, et interdire à chaque lecteur de faire sa propre lecture ?

Une telle démarche peut-elle être approuvée par le juriste, soucieux de concilier la nécessaire objectivité du droit avec la consubstantielle subjectivité de l'œuvre ?

Ne doit-on pas se garder, dans l'application de la loi, de l'arbitraire du jugement évaluatif ?

Il nous semble que le sujet de l'œuvre a fait perdre de vue aux juges qu'il s'agissait d'une œuvre, sans discussion évaluative possible pour le juriste autre que celles permises par le droit (A)

Ce jugement a été réformé par la Cour d'appel de NÏMES puis par la Cour de cassation. Il est donc symptomatique d'un piège dans lequel les juges peuvent être entrainés par des extrémistes, mais rien de plus. Parfois, la justice résiste à la presse et protège l'œuvre que la presse voue aux gémonies (B)

Car les juges sont les gardiens des libertés fondamentales, dont fait partie la liberté d'expression et de création. Ce ne sont pas les mêmes. Démonstration. (C)

A – Le droit d'auteur et les critères de l'œuvre, juridiques ou critiques ?

La définition de l'œuvre par la loi :

L'œuvre de l'esprit est protégée du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur et quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.

Premier principe : le juriste ne doit pas du mérite de l'œuvre

Cette interdiction de juger du mérite de l'œuvre remonte à 1902. Pourquoi ?

Quelque temps avant, s'était engagée une grande polémique jurisprudentielle sur les critères de l'œuvre.

Depuis la création du droit d'auteur par les deux lois de 1791 et 1973, les juges sont saisis de demande de la part d'industriels ou d'artisans. Si les loi révolutionnaires font référence aux Beaux Arts et à la littérature, elles parlent aussi d'écrits en tous genre, mais pas de

formes en tous genres.

En 1806, un statut spécial est inventé pour protéger les dessins et modèles, réclamé par les soyeux lyonnais. Mais rien n'y fait, le recours au droit d'auteur est souvent privilégié y compris par ceux qui ne produisent par dans le domaine de l'art.

Pour aller très vite dans ces péripéties judiciaires, après une période où les juges refusent de discriminer entre objets industriels et œuvres d'art, et font bénéficier largement de la protection du droit d'auteur, deux décisions, dans les années 1880, de la Cour de PARIS, puis de la Cour de cassation, dans la même affaire, refusent de conférer un caractère artistique à un bronze : *« il appartient aux juges de rechercher, en l'absence de définition légale, si les objets (...) doivent être classés dans la catégorie des œuvres de l'esprit et du génie, ou s'ils ont, au contraire, un caractère purement industriel ou commercial (...) les bronzes faisant l'objet de la réclamation des appelants ne présentent en eux même aucun caractère ou valeur artistiques »*.

À partir de ces deux décisions, on note un net fléchissement de la jurisprudence dans le sens d'une distinction entre art et industrie sur la base de critères divers que l'on pourrait identifier de la façon suivante :

- Le critère social ou institutionnel (la destination de la production). Les juges tentent ici clairement d'identifier le champ dont ressorti l'objet, en accord avec le vœu et la lettre du législateur de 1793 : il y a là un retour à une exégèse juridique orthodoxe.

- Le critère ontologique : la nature de l'objet. L'œuvre doit parler à l'esprit et pas seulement aux sens pour ressortir aux Beaux Arts.

- Le critère de l'intention de l'auteur, et du champ dans lequel il entend œuvrer.

- Le critère de la valeur esthétique, qui est évidemment le plus problématique puisqu'il fait encourir le risque de la subjectivité et de l'arbitraire du juge.

L'unité de l'art ou le triomphe du relativisme juridique

La loi de 1902 étend la protection de la loi de 1793 aux architectes et aux statuaires et précise que le même droit appartient aux sculpteurs et dessinateurs d'ornements, pour ces derniers « *quels que soient le mérite et la destination de l'œuvre* ». Cette loi est l'œuvre de POUILLET, théoricien relativiste de la propriété intellectuelle. À quoi sert le vote de la loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles, si le droit

d'auteur doit systématiquement jouer le rôle de voiture balai ? Elle avait le sens de devenir la loi des créations industrielles, et la jurisprudence aurait pu refaire le travail de séparation commencé dans les années 1870, si elle n'avait, sous la pression des industriels[3] et avec l'aide des juristes spécialistes, pour qui « *l'assimilation des œuvres appliquées à l'industrie et les autres* » devait être « *absolue* »[4], expressément interdit au juge de refuser le bénéfice du droit d'auteur aux créations industrielles.

Le parti relativiste a gagné, d'une part avec la loi du 11 mars 1957 qui s'est hâtée d'étendre à toutes les créations cette interdiction de juger du mérite de l'œuvre, y ajoutant l'interdiction de prendre en compte le genre et la forme d'expression, dans son article 2 devenu l'article L 112-1 du CPI, puis en Europe avec la France comme chef de file, puisque l'article 17 de la directive CE n° 98/71 reprend le principe de l'unité de l'art avec cumul des protections.

Quels sont les critères de l'œuvre ?

Après avoir fait entrer l'objet industriel en son sein, va-t-on en exclure les œuvres jugées comme n'en étant pas par certains juristes ?

C'est clairement la solution préconisée par l'un d'eux : « *Certes, il est possible d'objecter que, en refusant de qualifier ces comportements de « créations », le droit d'auteur ignore ces nouvelles œuvres qui sont considérées comme telles par le milieu artistique et sont l'objet de transactions commerciales. Cette fracture entre le droit d'auteur et le monde de l'art est incontestable, mais elle n'est pas illégitime. En effet, la notion d'œuvre est d'ordre public. Il n'appartient pas aux artistes d'auto-qualifier certains objets d'œuvres de l'esprit si les critères indispensables à cette consécration ne sont pas réunis.* »[5]

L'argument ne tient pas : La définition de l'œuvre n'est pas d'ordre public, ce qui signifierait qu'elle serait indiscutable, puisque le législateur a pris soin d'en dire le moins possible sur ce qu'est une œuvre, pour éviter précisément ce type de blocages. C'est la jurisprudence qui fixe, au cas par cas, les limites de l'œuvre. D'autre part, le raisonnement confond le *ready-made* et l'art conceptuel, ce qui est tout de même ennuyeux sur le plan scientifique.

[3] C. Bougeard in Les dessins et modèles en question, le droit et la pratique, sous la direction de A Françon et M.-A. Perot-Morel, Litec 1986 pp 27 et s

[4] Pouillet, n° 80bis, voir aussi Roubier Traité T2 p 381

[5] Christophe CARON - Droit d'auteur et droits voisins - Litec, 2006 p. 50 et 51

Enfin, décider qu'une œuvre d'art, reconnue dans le champ de l'art, n'est pas œuvre pour le droit d'auteur, lequel protège par ailleurs les logiciels et les tire bouchons, les boulons et les petite culottes (bien qu'il existe aussi pour la plupart de ces objets un droit de propriété industrielle fait pour eux…), procède d'une censure esthétique et morale : Les juristes sauraient ce qu'est une œuvre, et, comme le personnage réfractaire de Art, font référence au bon sens commun, exact inverse du *sensus communis* kantien (lequel requiert un échange d'arguments et pas un jugement péremptoire) : Quoiqu'il se passe dans le champ de l'art, le droit d'auteur n'aurait pas à être « contaminé » par les artistes « subversifs ». Mais le droit d'auteur est déjà « contaminé » depuis longtemps par les objets industriels, et par l'industrie qui cherche à profiter de sa protection en le dépeçant de tout ce qui pourrait protéger l'auteur.

Alors, de quelle subversion parle-t-on ? Si elle n'est pas juridique, s'agit-il du retour de la vieille exigence que les œuvres soient morales ? Le droit d'auteur protège les œuvres quelle que soit leur morale, il n'a pas a être l'outil du censeur, la Cour de cassation l'a dit à propos d'un film pornographique. Veut-on revenir, par la querelle sur les œuvres d'art contemporain, au jugement du procureur PINARD sur FLAUBERT et BAUDELAIRE, avec des impératifs moraux et catégoriques ? Le droit d'auteur est suffisamment élastique pour protéger la « Joconde » et « L.H.O.O.Q., Fountain » et Le Pont d'Argenteuil, ainsi que les œuvres d'amateurs (comme les romans pornographiques que le procureur PINARD écrivait en cachette, par exemple…).

La définition de l'œuvre par la jurisprudence : l'originalité de la forme

La distinction retenue pas les juristes entre idée et forme permet de construire un critère de l'œuvre protégeable qui permettrait de concilier les intérêts de la collectivité avec ceux de l'auteur.

Il concilierait la préservation de l'espace de liberté dans lequel chacun peut librement circuler, puiser, sans à avoir à rendre compte. Le principe de la liberté d'expression, consacré comme un droit de l'homme dans l'article 11 de la déclaration de 1789, puise à ce creuset commun. Dans cet espace théoriquement collectif, tout appartient à tous, et aucun monopole ne peut être accordé à un individu au nom de cet intérêt collectif qui prend, depuis la fin du XVIIème siècle, le nom de progrès.

Pour le juriste, la distinction entre idée et forme fonctionne comme critère positif : La forme est nécessaire pour définir l'œuvre et donner prise au monopole.

Pour justifier l'existence de cette distinction, dont le processus

opératoire est d'un indéniable avantage, la plupart des juristes font référence à des grands auteurs non juristes qui l'auraient exprimée ou justifiée. Or les références utilisées sont systématiquement puisées, et en cela nul hasard, au XVIIème siècle, grand siècle du classicisme.

Les juristes ne mentionnent jamais ceux des philosophes ou des écrivains qui ont contesté cette distinction classique entre la conception, noble et intellectuelle, et l'exécution, tâcheronne, ou qui ont affirmé une position beaucoup plus nuancée. C'est une première occultation.

La deuxième opération du droit est de renverser la perspective de la dichotomie classique, laquelle, quand elle distingue l'idée de la forme, impose à la seconde de suivre la première (de façon d'ailleurs passablement normative). En droit, puisque les idées appartiennent à tous et constituent le lot commun, le juriste va se cantonner à la forme de l'œuvre. C'est la raison pour laquelle on retrouve chez les juristes contemporains des passages si anachroniques sur l'exécution personnelle par exemple, et sa prétendue nécessité pour caractériser la forme.

En droit d'auteur, il n'y a pas de place pour des arguments critiques.

Et pourtant, je vais vous raconter une histoire.

Affaire Paradis

Du 1er mai au 30 juin 1990, l'hôpital psychiatrique de VILLE-EVRARD organisa une exposition intitulée "Pour un espace de recherches et de productions". Les œuvres commandées aux artistes furent réalisées *in situ* pendant un mois : Chacun travailla dans un espace ouvert aux différentes populations de l'institution, patients et soignants.

Jakob GAUTEL, jeune artiste invité, réalisa une œuvre constituée de lettres en lettres d'or avec un effet d'usure peintes à la main composant le mot "PARADIS" au-dessus de la porte des toilettes de l'ancien dortoir des alcooliques. Durant le mois de juin 1990, l'espace fût ouvert exceptionnellement au public.

« PARADIS » a ensuite été reproduite sans son consentement dans l'œuvre de Bettina RHEIMS intitulée « LA NOUVELLE EVE » vendue par la galerie Jérôme de NOIRMONT.

Bettina RHEIMS argua jusque devant la Cour de cassation, avec le soutien de certains juristes résolument contre la protection par le droit d'auteur de l'art conceptuel, que l'œuvre « PARADIS » n'était par une œuvre, mais une idée, non formalisée, exempte d'originalité, puis que l'idée de l'œuvre était

seule originale, et non protégeable en ce qu'elle était une idée, laquelle, de surcroit, n'aurait pas été copiée par Bettina RHEIMS, puisque celle-ci avait mis deux femmes nues, l'une jeune, l'autre vieille, devant la porte du Paradis.

Autrement dit, la déformation de l'œuvre par altération de son sens était permise, non seulement parce que « PARADIS » n'était qu'une idée non protégeable, celle de transformer un lieu réel, les toilettes de l'ancien dortoir des alcooliques, en lieu symbolique, le Paradis, mais parce que cette idée avait été modifiée par le travestissement même de l'œuvre. Paradis n'ayant pas le même sens, mais étant ici le support d'une rhétorique religieuse et machiste, la femme coupable et exclue du Paradis, il n'y avait pas de mal !

Or Jakob GAUTEL ne revendiquait pas une idée mais une œuvre. Il ne revendiquait ni la propriété du mot « PARADIS », ni le procédé d'inscription en lettres d'or, ni la typographie en lettres dites « bâton », ni sur l'idée d'inscrire des mots sur les murs.

Si sa démarche d'artiste consiste dans l'idée générale d'apposer des mots sur des lieux pour en changer le sens, en l'espèce, Jakob GAUTEL revendiquait l'incarnation de cette idée dans l'œuvre « PARADIS » définitivement apposée au-dessus de la porte des toilettes du dortoir des alcooliques de l'hôpital psychiatrique de VILLE-EVRARD.

Si le travail de l'artiste consiste à toujours à transformer le réel, s'il n'invente rien, il crée, par des moyens artistiques, une situation matérielle qui donne à voir autrement le réel.

L'artiste a créé des lettrines comblées à l'or fin, mais de façon inégale, comme si l'inscription était là de longue date, et avait subi l'érosion du temps.

Il apparaît pour disparaître, pour se fondre dans le réel qu'il corrode : L'écriture dans une typographie "classique", celle des frontons des bâtiments publics, entraîne l'illusion, comme les raisins d'Eleusis, que l'inscription est ancienne, « naturellement là », ce qui entre évidemment en contradiction avec le concept de Paradis.

Dans le même temps, cette illusion est réflexive : Elle est, de la part de l'artiste, destinée à interroger le spectateur sur l'illusion même crée par l'œuvre. Nul ne peut prétendre se faire prendre à ce piège : Le paradis n'existe pas, il n'est signalé sur aucun bâtiment public ou privé, ni même dans aucune église. Il est, et doit rester, dans la religion chrétienne, une croyance, pas une réalité tangible.
Le choix de peindre le mot « paradis » en majuscules au dessus de cette porte est l'incarnation dans la forme de l'idée que derrière la porte vétuste, dont la serrure est en forme de croix, derrière ces murs décrépis, dont la

peinture s'écaille, après avoir franchi ce sol sur lequel on aperçoit la poussière et les débris de peinture, se trouve le Paradis.

L'œuvre "PARADIS" est indissociable de son lieu, au-dessus de la porte des toilettes des deux dortoirs pour alcooliques, dans un hôpital psychiatrique.

Ces deux dortoirs étaient vastes et comportaient seulement deux toilettes pour un nombre de lits important. Les alcooliques servaient à l'hôpital de VILLE-EVRARD de main-d'œuvre non rémunérée.

La transformation, par cette réalisation formelle, du lieu réel, contingent, marqué par la souffrance, en représentation d'un lieu symbolique, religieux et fictionnel, lieu de repos éternel, qui n'existe que pour ceux qui croient, est produit par la forme de l'œuvre.

Le sens est, on l'a vu, indissociable de la forme, contrairement à ce que soutenait Bettina RHEIMS devant la Cour. C'est bien ce qu'a retenu la Cour d'appel de PARIS[6], en décidant que l'œuvre s'inscrit dans l'approche conceptuelle de l'artiste (argument stylistique et intention de l'auteur), et que l'œuvre « PARADIS » constitue la matérialisation de cette conception (critère juridique de la forme).

Que cette forme est originale « *dès lors qu'elle exprime des choix tant dans la typographie des lettres retenues que dans leur exécution manuelle à la peinture d'or patinée et estompée que sur le choix du lieu de leur inscription, partie intégrante de l'œuvre, mais aussi de la porte, dont la serrure est en forme de croix, et de l'état des murs et des sols qui participent à caractériser l'impression esthétique globale qui se dégage de l'ensemble de cette représentation* ».

On retrouve ici :

- le critère de l'exécution manuelle, qui posera problème pour d'autres œuvres d'art conceptuelles qui sont faites sur mode d'emploi par des tiers,

- le critère de l'idée (choix du lieu), indissociable de la forme (croix de la porte, pas faite par l'artiste, ce qui rassure sur le danger qu'on vient dénoncer).

Tous ces critères de l'œuvre constituent des éléments d'appréciation qui relèvent de l'analyse critique autant que juridique : Comprendre comment une œuvre fonctionne et la décrire sans pour autant porter un jugement de valeur sur elle.

Enfin les juges retiennent :

[6] 28 juin 2006 : Comm com electr. 2006 comm. 120 note Ch Caron

- un critère esthétique : « *l'impression esthétique globale qui se dégage de l'ensemble* » qui n'est pas condamné par la Cour de cassation comme relevant du mérite parce que l'argument ne lui a pas été soumis,[7]

- et un nom d'œuvre fort peu commun dans la jurisprudence, « représentation » pour désigner cette œuvre, nom assez malin car il la situe dans un champ général.

La Cour d'appel de PARIS avait déjà eu l'occasion de juger protégeable l'installation d'un artiste contemporain, un empaquetage, dans l'espace public, le Pont Neuf.

Ce qui nous parait particulièrement significatif dans cette affaire Christo est que, face à une nouvelle forme d'art, les juges intègre la question de la réception de façon très complète et à la limite de la polémique, comme pour signifier que la discussion sur le mérite doit rester hors champ du tribunal, mais qu'elle est bien arrivée jusqu'aux magistrats, qui ont d'ailleurs évidemment leur propre idée sur la chose.

En effet, on notera que l'arrêt parle non d'œuvre mais d'aménagement dans son dispositif (on retrouvera la même terminologie dans l'affaire BUREN à propos de la Place des Terreaux à LYON, dans laquelle les trois degrés de juridictions refusent, cette fois, de protéger l'œuvre de BUREN dans l'espace public).

Mais surtout, la décision indique de façon liminaire, et comme à son corps défendant : « *force est de constater que l'empaquetage du pont… est apparu à tout un chacun, même si des critiques ont pu être faites à l'idée même, comme une œuvre de l'esprit ; que sans nier, pour autant, le caractère, en partie publicitaire de l'œuvre, il ne pouvait être contesté que l'emballage d'un pont, lui-même choisi par sa grande ancienneté et par sa notoriété ne constituait pas une opération courante* ».

Il y a bien ici un jugement de valeur négatif : l'œuvre de CHRISTO serait (nous employons le conditionnel, mais pas la cour) « publicitaire » plutôt que publique, ce qui semble signifier que CHRISTO ne serait pas un artiste mais quelqu'un qui veut faire parler de lui, ou pire qui vendrait des produits ?

À quoi sert ce jugement de valeur, cette catégorisation, alors que le droit d'auteur protège les slogans publicitaires quand ils sont originaux, et depuis 1985 de façon explicite, l'œuvre de commande publicitaire ?

Mais si l'œuvre est publicitaire, elle n'est « pas courante », au sens de « pas banale ». Pour un peu, on sentirait les juges bluffés par le geste qui ensuite est décrit dans toute son originalité. Si ce détour nous semble utile, c'est

[7] Arrêt du 13 novembre 2008, pourvoi n°Z06-19.021 Legifrance

que cette décision est honnête. Honnête car le magistrat dit ou suggère son goût, le compare à celui des autres, prend le pouls de la réception de l'œuvre, dans sa description, qui insiste sur ce que l'œuvre donne à voir, et dans sa sociologie (la référence au goût de tout un chacun, au goût commun, partagé).

B - Les juges face à un acte de vandalisme et les critères de l'œuvre

Le vandalisme comme acte répréhensible ?

Que le vandalisme ne soit pas tolérable fait juridiquement consensus, dès lors qu'il est réprimé par la loi pénale, et que celle-ci est édictée pour protéger la société contre les actes des Hommes.

Fin de l'histoire, pourrait-on dire. Est punie la dégradation du bien d'autrui, et s'il est exposé dans un musée c'est une circonstance aggravante du délit, sans que l'on ait à se poser la question de la nature de l'objet. Celui-ci doit être réparé, et si ce n'est pas possible, c'est sa valeur marchande qui est due, qu'il soit ou non considéré comme une œuvre.

Le vandalisme médiatique

Comme pour tout délit pénal, la question de l'intention est importante. Dans le cas des vandales vampires, et l'on désignera ainsi les vandales qui invoquent une autre motivation que la simple haine de l'objet détruit, l'intention est parasitaire : Il s'agit de s'ajouter, de s'imposer à une œuvre exposée, et d'attirer l'attention des médias, à grand renfort d'explications, sur la légitimité du geste.

Le baiser sur la toile de Cy TWOMBLY a été présenté comme un geste d'amour, ou encore comme un acte artistique. Non seulement par la responsable du geste, mais aussi, très largement, par la presse.

Les deux motivations s'opposaient l'une l'autre, et se sont, en bonne logique, annulées : Le geste d'amour, présenté comme spontané était, disait-on du côté de la défense, exclusif du délit de dégradation volontaire. Il n'y avait pas eu de volonté de dégrader, puisque la jeune femme n'avait pas prémédité son geste, et qu'elle avait été attirée par une force mystérieuse vers l'œuvre qui l'avait appelée. Son baiser ne pouvait donc, selon elle, être qualifié de dégradation.

Quant au geste artistique, il était, au contraire, présenté comme celui de la réponse d'une artiste à un artiste, dialogue sacré auquel le droit ne pouvait donner prise. Mais, s'il était artistique, il était volontaire, annulant dès lors l'argument précédent.

La jeune femme qui a dégradé l'œuvre de Cy TWOMBLY a été condamnée pénalement, par le Tribunal correctionnel d'AVIGNON, à une peine légère (un stage de citoyenneté), et civilement, à réparer le dommage subi par les parties et notamment les frais de restauration de l'œuvre, selon le principe de droit civil que quiconque cause un dommage à autrui en doit réparation.

Cependant, il n'est pas indifférent de revenir sur les arguments qui, dans l'enceinte du procès, ou à l'extérieur, ont été utilisés. Car ce qui interroge ici le juriste est que, si le tribunal a suivi la voie classique du constat de la faute et de sa réparation, il s'est trouvé que le baiser sur la toile n'a pas été unanimement considéré comme un acte de vandalisme.

Le vandalisme comme acte consensuel ?

Certaines œuvres sont encore et toujours considérées comme des provocations, et ceux qui les exposent comme des agitateurs (voire des montreurs d'étrons comme l'écrit Jean CLAIR dans « Le Figaro » du 11 septembre 2008 à propos de l'exposition de Jeff KOONS à Versailles).

Une histoire moins récente relève là encore de ce consensus justifiant presque l'acte de vandalisme. La première fois que « FOUNTAIN » (multiple, l'original étant perdu, appartenant à l'Etat à la suite d'une donation de la veuve de DUCHAMP) fut brisée, en 1993, à NÏMES, une petite partie du monde de l'art contemporain soutint le vandale, expliquant que son geste était artistique (poursuivant l'œuvre du DUCHAMP, lui donnant une réponse... On rappellera que « l'artiste de comportement » avait uriné puis brisé d'un coup de marteau l'urinoir (ou plus exactement sa reproduction) ainsi rendu par lui à sa destination d'objet), ce qui aurait dû, selon ces fans, l'exonérer de toute responsabilité. Le vandale fut poursuivi au pénal, puis au civil. Et condamné sur ces deux fondements. Le tribunal de TARASCON, cherchant à expliquer son jugement civil au monde de l'art, et s'appuyant pour ce faire sur Nathalie HEINICH et Pierre LEPAPE, traita DUCHAMP et le vandale de mystificateurs[8], piège dans lequel le Tribunal de PARIS, dans la seconde affaire, se garda bien de tomber.[9] La seconde dégradation de « FOUNTAIN », cette fois exposée au Centre Georges Pompidou, par le même, en 2006, sentait le réchauffé.

Entre-temps, la question du vandalisme fut traitée dans la pièce de Yasmina REZA, Art[10]. Le jugement esthétique des trois personnages sur un monochrome va menacer leur amitié, les diviser, et susciter des réactions du public dont on va voir que, de fait, elles sont nettement en défaveur de

[8] TGI Tarascon, 20 novembre 1998, Dalloz 2000 Jur p 128, et Chron p 98 B. Edelman, et A. Tricoire, l'épreuve du droit, retour sur l'affaire... Vacarme 2001 n°15 p 20

[9] TGI du 24 janvier 2006, Dalloz 2006 Jur p 1827, Note A. Tricoire « le droit pénal au secours du Ready-made : n'est pas Duchamp qui veut »

[10] 1994, Actes Sud

l'œuvre plastique représentée dans cette fiction. Il nous semble que le sujet de la pièce, dans la mesure notamment où le vandalisme va être présenté comme une solution, n'est pas sans entretenir un rapport complexe avec la dégradation, réelle celle-là, de l'œuvre de TWOMBLY, et avec la réception publique de cet acte réel.

Un homme achète un monochrome. L'un de ses amis le traite de « merde », y voit un danger, affirme qu'il est grave d'acheter un presque monochrome 20 briques et de se prendre pour un collectionneur[11].

Les clichés anti art-contemporain font beaucoup rire le public des Champs Elysées. Il n'est pas illégitime de se poser quelques questions sur la qualité de ce rire.

L'ami réfractaire, symptomatique de la posture du français à qui on-ne-la-fait-pas manifeste une intrusion « héroïque », il s'engage, veut convaincre l'acheteur qu'il se trompe, et dans ce combat, tous les moyens sont bons.

L'acheteur encourage alors l'ami réfractaire à s'exprimer sur la toile et lui tend un feutre, en lui disant : « *vas-y* ». Il accroche la toile pour lui faciliter la tâche. C'est la première fois que le tableau est exposé comme un tableau. Il a été jusque là promené par terre, sans statut, comme un objet.

C'est au moment où il est institutionnalisé, qu'il est traité comme un vulgaire support par les personnages. Le réfractaire dessine une diagonale, se recule pour la regarder ce qui fait rire la salle (Ici, Arthur DANTO décrit que, contrairement au public français, qui est ravi, le public américain de la pièce jouée à BROADWAY retient son souffle, « *comme si sur scène quelqu'un allait se faire égorger* »), puis dessine un skieur, ce qui fait hurler de rire et applaudir le public parisien. Le tableau souillé reste seul en scène, et le personnage conciliant dit dans l'épilogue qu'il a pleuré, qu'il ne cesse de pleurer : « *Depuis ce soir là, je ne supporte plus aucun discours rationnel* ».

Coup de théâtre, puisque nous y sommes, le feutre est effacé sur le tableau avec un petit chiffon par l'acheteur et le réfractaire redevenus amis et complices par la grâce du geste iconoclaste « permis ». Ce dernier est enfin capable de donner une interprétation de l'œuvre (cela signifie-t-il que le passage à l'acte ouvre à la sensibilité ou à la compréhension ?) et raconte une histoire de blanc qui justifie le tableau. L'ami devient donc amateur. La pièce obtient deux Molières en 1995, du « Meilleur Auteur » et « Meilleur spectacle du théâtre privé », récompense du succès.

La morale de cette pièce, de sa réception et de son couronnement, pourrait

[11] Arthur Danto décrit très bien comment le geste iconoclaste de ce personnage qui achète un monochrome le fait passer dans une autre catégorie sociale, et constitue dès lors une menace pour l'amitié basée sur des valeurs communes, in *La madone du futur*, Seuil 2003 p 415 et s

se résumer (et l'on assume ici la subjectivité de cette interprétation, d'autant plus aisément que nous ne croyons pas aux interprétations objectives) à l'assertion selon laquelle quand une œuvre monochrome (rires) est vandalisée (rires et applaudissements), ce n'est pas sérieux, car ça s'efface (silence un peu gêné du public).

Retenons l'argument puisqu'il a été servi, dans la vraie vie, à la COLLECTION LAMBERT responsable de la conservation de l'œuvre de TWOMBLY. Or le rouge à lèvres réel n'est pas un feutre lavable de théâtre. Il a fallu des heures de patient travail d'expert pour que la partie vandalisée de l'œuvre de Cy TWOMBLY retrouve sa virginité. En d'autres termes, dans la vraie vie, les gestes iconoclastes, quand ils s'imposent aux œuvres, ne sont jamais « pour rire ».

On comprend mieux pourquoi, dans la réception de l'affaire du baiser, et au-delà du cercle judiciaire qui a fait œuvre de justice en condamnant la vandale, il n'y a pas eu de consensus autour de la répréhension sociale de l'acte de vandalisme.

Si le monde de l'art dans sa majorité a fait part de sa réprobation, la presse a réservé un excellent accueil à la vandale. Mais, pour parvenir à rendre la vandale sympathique, il lui fallut à la presse procéder à un double retournement.

Le premier est celui de l'explication de l'œuvre de TWOMBLY, présentée faussement comme un monochrome.

Or, disons immédiatement que l'œuvre vandalisée est un triptyque, « Phèdre », évocation du dialogue éponyme de PLATON sur l'amour, dont seule la partie centrale est monochrome (en réalité un *ready-made* monochrome, à savoir une toile industriellement apprêtée), les deux autres parties étant des représentations abstraites, l'une en peinture rouge sur fond blanc, l'autre en blanc et mine de plomb sur papier beige. Les trois parties de l'œuvre dialoguent entre elles sur le thème de l'amour avec les moyens de la peinture et de la composition, et l'illustration rhétorique laisse le spectateur libre d'interpréter chacun des éléments, qui ne peut être isolé des deux autres.

Il est donc faux de présenter l'œuvre vandalisée comme un monochrome. Faux mais nécessaire à la démonstration : Dès lors que l'œuvre était présentée comme monochrome, elle devenait pour la presse une œuvre provocatrice, insuffisante, incomplète, et il devenait facile de stigmatiser le caractère nécessairement méprisant ou moqueur de son auteur, de son propriétaire, de ce monde de « l'art contemporain » qui « se-moque-du-monde ».

Face à cette posture, la « douceur » de la réponse de la vandale, deuxième retournement, apparaissait dès lors comme la juste complétude, toute

féminine, le rappel à la figure bêtement oubliée par le peintre subversif refusant de peindre. Plutôt qu'un geste d'agression s'imposant sans consentement à une œuvre, comme un coup de poing, plutôt qu'une déformation que l'on trouverait scandaleuse sur n'importe quelle œuvre figurative, le baiser se transforma par la grâce de sa réception en information, transubstanciation de la matière inerte par sa blancheur plane en forme signifiante. À cette vision toute augustinienne de l'art, fut superposée une certaine conception contemporaine de l'amour, geste d'une femme libérée, assumant sa féminité et peignant avec les lèvres, les posant sans demander la permission sur ce qui s'offre à elles.

Dès lors, la prémisse fausse s'est imposée comme la vérité de l'œuvre, promue au nom d'un public présumé majoritairement réfractaire aux pratiques artistiques contemporaines. Les commentaires lus aux bas des articles reproduits sur internet laissent effectivement à penser que, majoritairement, le public, en tout cas la petite partie du public qui s'exprime ainsi, ce qui ne peut avoir valeur de généralité, avait été conquis par cette rhétorique pipée.

C – Les juges face à une demande de censure et les critères de l'œuvre : *« POGROM »*, d'Eric BÉNIER BURCKEL.

Les arguments de la polémique publique relayée par la presse, et qui constitueront des pièces dans le dossier pénal.

« POGROM », roman d'Eric Bénier BURCKEL, publié par FLAMMARION (qui vient de signer avec Catherine MILLET), et dédicacé "*Aux Noirs et aux Arabes*", sort début 2005 dans le flot de la seconde rentrée du livre, et passe relativement inaperçu, malgré son ostensible racolage.

Michel FIELD le défend[12], évoquant « *son écriture son style sa rythmique, qui évoquent, dans les meilleurs pages, le tourment des corps de peintres comme Francis BACON ou MUNCH* ».

C'est sur ce terrain qu'il faut juger cette œuvre. Le pire danger serait d'en faire une lecture sociologique, de l'indigner de propose « politiquement incorrects » sur le femmes, les Juifs ou les Arabes ».

Dans « Livre Hebdo », la critique est descriptive, truffée de citation de « POGROM », laudative (le livre est qualifié d' « *incandescent et provocant* » et réfère à Céline et à Léon BLOY.[13]

[12] TV Magazine 4 février 2005

[13] Alexandre Fillon 17 octobre 2004, n° 582

Le Nouvel Observateur[14] le défend également : « *célinien en diable* » (argument de filiation), «*POGROM*» renouerait-il avec le réalisme social ? (Idem mais par genre), « *Bénier-Bürckel retrouve ici le procédé qui était celui de Michel Butor dans «la Modification»* : *Celui d'une histoire écrite à la deuxième personne du pluriel* » (argument de filiation), en encore : « *L'artiste véritable, nouveau Zarathoustra dont la langue fulmine en «napalm et shrapnel», serait, à en croire l'auteur, celui qui parviendrait à «danser dans les holocaustes», et qui n'aurait d'oreille que pour un « Auschwitz en symphonie dodécaphonique ». Nietzsche, reviens ! Ils sont devenus fous !* ».

Ici le critique tente de se dédouaner par une pirouette de ce projet qu'il ne conteste pourtant aucunement sur le fond.

Une polémique est déclenchée : Par qui ?
Par un éditeur-écrivain et par un écrivain, Bernard COMMENT et Olivier ROLIN, tous deux attachés au Seuil, qui vient de perdre Catherine MILLET après son succès planétaire, « La vie sexuelle de Catherine M. » (cet élément étant relevé dans la décision commentée, ce qui montre son importance contextuel pour le juge pénal).

Comment ? Par la publication d'une tribune dans « Le Monde », figure d'autorité dans le monde de la presse.

Pourquoi ? C'est l'argument de la confusion : Pensée du personnage = pensée de l'auteur.

Dans « Le Monde » du 12 février 2005, ils ouvrent le feu contre l'auteur auquel ils attribuent le « *vomissement antisémite* » de l'un de ses personnages : « *Délégation, vraiment ? Non. L'odieuse jouissance est celle de l'auteur, un jeune homme de 33 ans, professeur de lycée (l'auteur truffe son texte d'assez de clins d'œil à sa propre biographie pour qu'on ne nous fasse pas le coup de la fiction), qui s'inscrit dans la parfaite filiation de l'antisémitisme français. S'il n'en fallait qu'une preuve, ce serait ce monstrueux mot, youtre, qu'on n'entend probablement pas dans les banlieues, mais qui a une longue histoire, celle des années 1920-1930 et de la guerre.* »…

« Il se trouve toujours quelque jeune imbécile cynique pour écrire de telles pages, de tels livres. On espérait qu'il ne se trouverait plus d'éditeur, du moins ayant pignon sur rue, pour les publier. Ce n'est pas le cas. Comme si l'esprit publicitaire triomphait de toute limite dans la promotion de simulacres de subversion qui touchent à l'intolérable. Nous n'avons jamais été favorables à l'interdiction des livres. Mais nous avons toujours pensé que la publication relevait d'une responsabilité de l'auteur (mot qu'on devrait préférer à celui d'écrivain, pour rappeler

[14] Thomas Régnier 20 janvier 2005

l'autorité qui s'engage) et de l'éditeur. Il y a un directeur littéraire chez Flammarion qui, de fait, et par sa fonction, cautionne ce livre. ».

Les critiques reviennent sur le livre, de façon cette fois partagée.

Retournement de situation, Laurent JOFFRIN qualifie dans le même « Nouvel Observateur » le livre d'antisémite, et se servant de la dédicace[15] pour confirmer l'argument de la pensée de l'auteur :

« *Une fois n'est pas coutume : Cette semaine, "l'Obs" se siffle lui-même. Il y a trois semaines, nous publiions une critique du livre d'Eric Bénier-Bürckel. Il s'agissait d'une critique littéraire classique - trop classique - qui évaluait le style d'un romancier en phase avec un certain air du temps passablement fétide. L'ennui est que le roman, tranche faisandée de littérature "trash", portait trop bien son titre : "Pogrom". En même temps qu'un certain savoir-faire langagier, le texte recélait plusieurs pages rappelant pires déjections collaborationnistes des années 1940. C'est le personnage qui parle, dira-t-on. Mais l'auteur jette le masque par la dédicace placée en exergue du texte : "Aux Noirs et aux Arabes", manière limpide et dieudonnante de dire que les juifs qu'il insulte dans le roman sont des fausses victimes qui font privilège de la Shoah pour dominer la société française. Certes le style justifie bien des choses et la littérature a presque tous les droits. Mais pas celui de se mettre au service de la haine raciste. Bref, il manquait à notre petit article une précision essentielle : celle qui consiste à appeler un chat un chat, et "Pogrom", un livre antisémite.* ».

Sylvain BOUMEAU dénonce « *l'affaiblissement de la vigilance des institutions éditoriales et critiques* »[16].

Certains rappellent que fiction il y a : « *L'argumentation (de Comment et Rolin) est on ne peut plus problématique. On retrouve, une nouvelle fois, l'identification des idées de l'auteur à celles de ses personnages. Le même type d'arguments, il y a quelques temps, a eu pour conséquence la convocation dans un commissariat de deux romanciers, Nicolas Jones-Gorlin, l'auteur de Rose Bonbon (Gallimard), et Louis Skorecki, celui d'Il entrerait dans la légende (Léo Scheer), pour qu'ils s'expliquent sur leurs « méfaits » (l'éditeur du second a de plus été condamné en première instance). Combien de « clins d'oeil » à la biographie de l'auteur font-ils basculer un texte de la fiction à la non-fiction ?... Dommage qu'au-delà de la stigmatisation de Frédéric Begbeider, leur tribune ne marque pas de distinction entre pensée politique produite par une oeuvre et opinions de son auteur, et se montre ambiguë quant aux limites de la liberté de création* »[17].

[15] Nouvel Observateur 17 février 2005

[16] Inrockuptibles 23 février 2005

[17] Christophe Kantcheff, Politis 24 février 2005

Bernard COMMENT et Olivier ROLIN, qui ne craignent pas, après avoir ouvert la polémique, de la clore, puisque leur deuxième article s'intitule « Pogrom suite et fin »[18], contestent l'argument de la fiction de façon virulente : « *Il s'est trouvé quelques demi-habiles pour brandir le sacro-saint droit de tout dire, qu'il faudrait, par principe, garantir à la fiction. Or, disons-le clairement : la fiction n'est pas un sanctuaire, un espace magique où l'immonde, par la seule grâce d'être devenue « fictionnelle », se muerait en or. Elle est un protocole, ou un pacte, qui se crée en et par chaque livre, s'en revendiquant, et suppose un dispositif construit, permettant le cas échéant de mettre à distance tel et tel personnage, … Accorder un statut d'impunité ou d'indiscutabilité à tout livre estampillé « roman » est une conception bien naïve (par sottise ou par roublardise) de la littérature, des mécanismes qu'elle engage, du contrat de lecture qu'elle établit. Tout cela revient à dire, simplement, que la littérature est une pensée. Sans cette pensée et cette responsabilité, la fiction risque de devenir le dépotoir facile de certains délires obligés de quitter le registre du pamphlet pour court-circuiter les effets de la loi Gayssot… Faut-il dire une fois de plus que, par principe, nous sommes contre l'interdiction d'un livre ? Néanmoins, et contrairement à ce qu'on entend dire, les « écrivains » n'ont pas tous les droits : pas plus que les « humoristes » ils n'ont droit à l'ordure. Les éditeurs, non plus, ne sont pas légitimés à faire, sous couvert de la fiction, commerce de l'immonde*. »

La saisine de la justice : une décision politique.

Le premier ministre, Jean Pierre RAFFARIN, après s'est inquiété, lors du dîner annuel du Conseil représentatif des institutions juives de France (CRIF), de « *certaines initiatives supposées littéraires telles que celles qui, récemment, était présentée dans la presse comme « un livre inqualifiable »* », ce qui est le titre de la chronique de COMMENT et ROLLIN parue le même jour dans « Le Monde », demanda au Ministre de l'Intérieur d'intervenir. Les propos du Premier ministre, dont on peut douter qu'il ait lu le livre, et lui dénie néanmoins publiquement le statut d'œuvre, sous la foi de la lecture du « Monde », est une attitude que l'on retrouve hélas souvent.

Dominique de VILLEPIN, alors Ministre de l'Intérieur jugea difficile une interdiction administrative qui, le tribunal le cite, « *serait en contradiction avec la pratique administrative et la jurisprudence du Conseil d'État* », et estima que l'engagement d'une telle procédure susciterait « *une polémique sur le retour à l'ordre moral et à la censure* », « *les possibilités de poursuites judiciaires pouvant être plus ouvertes que la police administrative* », et renvoya donc le dossier au

[18] Inrockuptibles mars 2005

Garde des Sceaux.[19] Cependant,

L'action publique fut donc, à la demande expresse de Dominique PERBEN, mise en œuvre par le Parquet dans cette affaire.

Quels délits ?

L'article 1er de la loi du 29 juillet 1881 rappelle le principe constitutionnel de la liberté d'expression : « *L'imprimerie et la librairie sont libres* ». Une pensée qui serait unanimement réprouvée et qui ne serait pas punie par la loi serait donc tout à fait libre.

Sont réprimés les délits de provocation à la haine antisémite (article 24 8ème alinéa de la loi de 1881), d'injure antisémite (article 33 alinéa 3 de la même loi) et de fabrication et de diffusion messages pornographiques (article 227-24 du code pénal).

I – L'élément matériel des infractions : la nature du livre et la portée des propos incriminés

Premier principe : la liberté de création est plus large que la liberté d'expression.

Le Tribunal précise d'emblée le cadre de sa propre liberté d'interprétation des délits poursuivis, en définissant la liberté du créateur. S'inscrivant dans le sillage de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et dans celui de l'article 11 de la déclaration de 1789, il affirme que la liberté de création est plus large que la liberté d'expression : « *La création artistique nécessite une liberté accrue de l'auteur qui peut s'exprimer tant sur les thèmes consensuels que sur des sujets qui heurtent, choquent ou inquiètent* ».

A notre connaissance, c'est la première fois que la nécessité de la création est ainsi clairement affirmée comme une liberté qui confère à celui qui « parle » dans l'œuvre, non pas une impunité pour un délit qui serait commis si le même discours n'était pas « artistique », mais une sorte d'autonomie pénale, généralement affirmée ainsi par la cCour européenne pour le discours politique ou journalistique.

La liberté étant « accrue » pour le créateur, le Tribunal va devoir expliquer en quoi les propos qui, s'ils était tenus dans la réalité, seraient passibles de la loi pénale, ne sont pas, en l'espèce, répréhensibles.

[19] Le Monde 14 mars 2005

Le Tribunal commence par préciser que, pour être « accrue », la liberté de créer n'est pas pour autant absolue, comme l'indique la déclaration de 1789 : Celui qui abuse de sa liberté doit en rendre compte.

Deuxième principe : l'apologie n'est pas la représentation.

Le Tribunal affirme clairement le droit de représenter ces délits dans une œuvre, même si l'écrivain, après les avoir représentés, ne les dénonce pas « *ostensiblement* ».

Le Tribunal affirme ici le droit à l'immoralité dans l'œuvre ou de l'œuvre, apportant un démenti clair et longtemps attendu à la décision FLAUBERT du 7 février 1857[20].

C'est bien l'absence de dénonciation ostensible qui entraîna une condamnation morale (mais non judiciaire, car FLAUBERT est relaxé), de « Madame BOVARY ». Tout en affirmant que le projet littéraire de FLAUBERT de montrer le tableau de la dégradation d'une femme tombée dans le vice était une « *donnée, morale sans doute dans son principe* », suivant en cela l'hypocrite mais efficace défense de l'avocat de l'écrivain, le Tribunal expliquait que ce tableau « *aurait dû être complété dans ses développements par une certaine sévérité de langage et par une réserve contenue, en ce qui touche particulièrement l'exposition des tableaux et des situations que le plan de l'auteur* » (entendre ici le projet littéraire) « *lui faisait placer sous les yeux du public…* ». Non content d'avoir posé ainsi les bases formelles de la désapprobation morale que l'auteur doit s'imposer dans l'œuvre, le Tribunal poursuivait son cours d'esthétique conventionnelle. « *Il n'est pas permis, sous prétexte de peinture de caractère ou de couleur locale, de reproduire dans leurs écarts les faits, dits et gestes des personnages qu'un écrivain s'est donné mission de peindre ; qu'un pareil système appliqué aux œuvres de l'esprit aussi bien qu'aux productions des beaux-arts, conduirait à un réalisme qui serait la négation du beau et du bon et qui, enfantant des œuvres également offensantes pour les regards et pour l'esprit, commettrait de continuels outrages à la morale publique et aux bonnes mœurs.* ».

Au contraire, dit le jugement du 16 novembre 2006, les auteurs ont la liberté (et non le droit) de ne pas être nécessairement consensuels, et peuvent heurter, choquer, inquiéter, joli triptyque qui remplace le délit d'outrage disparu, et nous vient de la jurisprudence de la CEDH rendue en matière de presse.

[20] Jugement du tribunal correctionnel de Paris, 7 février 1857, in Madame Bovary, Le livre de Poche 1983 p 540, Gazette des tribunaux du 8 février 1857

Application : Comment vérifier si l'apologie expresse et délibérée est constituée ?

1er précepte : Pour juger une œuvre, il faut la lire en entier.

Sans chercher à imposer sa lecture avec l'autorité de celui qui « sait » lire, le Tribunal commence, avec cohérence, par la lecture du roman dans son intégralité, citant des passages, non visés par la poursuite, qui vont lui permettre de qualifier le projet littéraire de l'auteur.

2ème précepte : Pour juger une œuvre, il faut juger sa réception.

Le Tribunal fait un bilan des réactions suscitées par l'œuvre, au motif que, s'il « *n'est nullement le juge de la valeur littéraire de l'ouvrage en cause* », il « *doit examiner la nature de celui-ci, ainsi que la portée des propos incriminés* ».

Il convient de souligner ici que la démarche, qui consiste à confronter l'avis qu'il peut avoir à ceux qui sont émis dans le cadre de la procédure (par l'auteur, l'éditeur, les témoins) mais aussi à ceux des tiers, de la critique, est à la fois très originale et très novatrice. Rarement, on a vu une juridiction pénale confrontée à une œuvre abdiquer son autorité sur le jugement de goût.

3ème précepte : Pour juger une œuvre, il faut juger sa nature.

Concernant la nature du texte, jugeant l'indication « roman » sur la couverture insuffisante, les juges de la 17ème Chambre correctionnelle se livrent à une double analyse, celle de l'œuvre et celle de sa réception, pour vérifier sa nature romanesque.

Le Tribunal s'autorise ensuite de ce qu'il considère être un consensus de la part de l'auteur, de l'éditeur, et de la critique, pour affirmer que « POGROM » « *est bien une œuvre littéraire - définie par son projet, son contenu et son style - qui entre dans la catégorie du roman* ».

Dès lors, lui restait à examiner les passages incriminés dans leur portée.

Pour juger une œuvre, il faut juger la portée des propos et les mécanismes de la fiction.

Des propos de personnages…

Sur l'existence des mécanismes de la fiction, le Tribunal relève que le fait que les propos incriminés « *sont placés dans la bouche de personnages de ce roman* », et que *« les messages violents ou pornographiques poursuivis se rapportent à des comportements qui*

leur sont prêtés au cours d'une scène de zoophilie et de sodomie exposée en termes particulièrement crus ». Ces propos ou ces faits ne sont donc pas réels, mais fictionnels.

Et le refus de l'argument biographique dans l'œuvre de fiction.

Le Tribunal, pour qualifier ces propos, refuse de procéder par comparaison avec des éléments biographiques de l'auteur, comme l'avaient fait les polémistes qui avaient contesté le statut fictionnel du roman.

Ceux-là avaient, on l'a vu en introduction, contesté la présence de mécanismes fictionnels, usant de parallèles entre le personnage principal, l'inqualifiable, (nom qui réfère à l'indigne, l'innommable, l'infâme, au politiquement incorrect), et l'auteur.

Par une affirmation de principe particulièrement importante puisqu'elle répond, de façon générale, à cette tentation comparatiste, qu'elle n'a pas lieu d'être, le Tribunal affirme que « *La notion même d'œuvre de fiction implique l'existence d'une distanciation, qui peut être irréductible, entre l'auteur lui-même et les propos ou actions de ses personnages ; qu'une telle distance, appréciée sous le prisme déformant de la fiction, est susceptible d'entraîner la disparition de l'élément matériel des délits* ».

Or le projet littéraire de l'auteur étant celui, selon ses propres déclarations, de décrire et d'explorer les formes du Mal, le Tribunal affirme (sans particulièrement en justifier d'ailleurs) qu'il s'est abstenu de toute dimension apologétique dans la réalisation de ce projet.

Autrement, dit, les propos d'un personnage fictionnel, propos fluctuant selon l'interprétation qu'on lui donne, discours d'imagination, qui fonde ou est fondé par un monde irréel, des personnages fictionnels, ne sont pas identiques au discours réel. Pour les interroger sur leur sens, il faut saisir, d'où l'importance de lire l'œuvre dans son intégralité, le « *discours de l'œuvre* », nécessairement sujet à débat, à critique, à appropriation et à déformation. Mais on s'avance ici sur le terrain de ce que le Tribunal a réservé pour l'élément moral de l'infraction, on y reviendra donc.

À ce stade, le Tribunal affirme que le dispositif fictionnel est le garde-fou de l'apologie : La mise à distance, avec son double, la possible identification, s'inscrivent dans un jeu conscient et délibéré : Même si je m'identifie à elle, je sais que je ne suis pas Madame BOVARY.

La loi de 1881 n'a vocation à s'appliquer qu'au discours journalistique ou politique qui provoquerait, par la littéralité d'une présentation

favorable, la haine de l'autre. Bien sûr, il ne faut pas exclure qu'un jour un roman soit un pamphlet antisémite, auquel cas, comme l'indique ici le Tribunal, il conviendra de ne pas s'arrêter à l'étiquette, et de vérifier que le mécanisme de mise à distance est bien présent.

En l'espèce, le Tribunal considère que la haine du personnage antisémite d'Eric BÉNIER-BURCKEL est noyée dans un roman qui développe autant la haine de soi que de l'autre, mais surtout, que le lecteur a bien de quoi mettre à distance ces propos.

La caractérisation de la fiction apparaît, à notre connaissance, pour la première fois dans une décision comme la marque de la distance entre la pensée de l'auteur et les propos des personnages.

Analyse critique de cette position : Cet argument aurait-il pu devenir opératoire juridiquement ?

On doit noter en premier lieu que le projet de carnage, de « POGROM », de ce personnage, se limite à l'écriture : Il écrit pour « *assassiner le corps* », il « *s'inflige sans relâche la solution finale* », « *il n'est plus qu'Hiroshima en dedans* ». « *Vous ne feriez pas de mal à une mouche. Trop pusillanime dans les violences, vous ne vous lâchez que sur le papier* » (p. 122). Du projet de son livre, le personnage dit : « *Ecrire c'est gratter la croûte, congédier tous les optimismes, mettre au jour la trame saignante qui irrigue le ciel et regarder la douleur en face* » (p. 46).

Certaines diatribes sont des propos du narrateur (à ne pas confondre avec l'auteur) car elles sont détachées du projet livresque du personnage. Le Tribunal en relève d'ailleurs une qu'il prête, dans une erreur certainement involontaire, à l'auteur (alors que c'est le narrateur qui parle) : « *en page 235 de « Pogrom »,* l'auteur indique qu' « *un livre doit exploser entre les doigts, cracher des échardes dans l'œil des tabous, prendre les conventions et la censure à bras le corps et leur broyer les os, sans quoi il est bon pour la poubelle » et en page 246 qu' « écrire, c'est se mettre hors la loi »* ».

Les similitudes biographiques réelles entre la vie de l'auteur et le personnage (tous deux professeurs en lycée, tous deux écrivains, tous deux ayant une vision de la littérature manifestement semblable) ne sont guère convaincantes, si l'on avance que le lecteur, qui peut ignorer ces similitudes, ou les connaître, peu importe, construit en tout état de cause son propre roman, complète les images, ressent les propos avec sa propre imagination.

Mais il est difficile de nier que le roman joue d'une certaine ambiguïté, comme une grande partie du roman contemporain, ce qui ne renvoie

pas le travail d'écriture, pour autant, à la « non-littérature ». Ainsi, il n'est pas écrit à la première personne du singulier, ce qui renforcerait la tentation des parallèles, mais à la troisième personne du singulier et à la deuxième personne du pluriel, qui exprime le point de vue du personnage dans une forme qui réfère à la modification de Michel BUTOR, c'est-à-dire à une forme littéraire dans laquelle s'exprime un monologue intérieur, une pensée à demi consciente, une réalité mentale en train de s'élaborer. Cette technique formelle crée une supposée complicité.

On notera par exemple ce qui pourrait être une adresse au lecteur dans un sens qui pourrait être interprété comme une apologie raciste (exemple : « *vous devez bien avouer que vous rêvez souvent de cracher à la gueule des roumaines mal fagotées qui font la manche dans le métro* »).

D'autres arguments militeraient contre l'identification de l'auteur et du personnage car ce dernier est l'objet de commentaires qui vont de la complaisance (souvent) à la dépréciation (parfois) : « *L'inqualifiable est resté coincé quelque part entre le stade cannibale et le stade sadique-anal, bâtard de la norme en somme, mais dans la norme malgré tout : Celle des déviants souffrant d'aérophagie mentale. L'inqualifiable a le vice indécrottable.* » (p. 167) ou bien « *L'inqualifiable veut que chaque phrase soit le vitrail d'un carnage. Qu'on voie le sang couler dans ses mots, qu'on le sente gicler dans ses phrases, mais ses mots et ses phrases décolorent le sang au lieu d'en libérer l'humeur, ils l'assèchent, ils la dénaturent, ils lui creusent sa tombe.* » (p. 173).

On voit bien ce que l'argument biographique a d'intenable juridiquement, tant il est constitué d'ambiguïté, d'un jeu que le lecteur peut déjouer à tous moments, en mettant à « *distance* », dit le Tribunal, le propos, comme ne lui étant, en réalité, pas directement adressé (c'est un livre qu'il a entre les mains, et c'est un personnage qui monologue), et comme relevant de la fiction, et non pas du réel. Il conduirait à des aberrations : Faudrait-il faire des enquêtes poussées sur les auteurs ?

Suivons plutôt le jeune Théophile GAUTIER dans l'éblouissante préface de « Mademoiselle de MAUPIN » : « *Il est aussi absurde de dire qu'un homme est un ivrogne parce qu'il décrit une orgie, un débauché parce qu'il raconte une débauche que de prétendre qu'un homme est vertueux parce qu'il a fait un livre de morale ; tous les jours on voit le contraire* ».[21]

Le problème de la dédicace :

[21] Folio Gallimard 1973 p 48

Un détail a échappé à la poursuite et donc à la décision : la dédicace. Le principe de la dédicace est de n'être pas dans la fiction, elle est l'expression directe de la pensée de l'auteur en adresse aux lecteurs sans la médiation de la forme romanesque. Or c'était probablement le problème essentiel du livre, puisque la formule « *Aux noirs et aux Arabes* », encore que l'auteur prétende qu'elle soit liée à un précédent roman où ses personnages s'en prenaient aux noirs et aux arabes, est évidemment là pour provoquer et peut légitimement être interprétée comme instaurant une concurrence entre les victimes de racisme.

Il nous semble, sans parler de responsabilité pénale, que, sur le plan éthique, politique ou esthétique, l'auteur engage plus directement sa responsabilité dans la publication de la dédicace que dans celle de l'œuvre.

Dès lors, peut-on croire BÉNIER-BURCKEL quand il affirme dans la presse qu'il lutte contre les communautarismes ? Et quand il affirme, dans le même article, qu'il n'est pas antisémite, est-il crédible ? : « *Je ne suis pas antisémite… «Pogrom » n'épargne rien ni personne : Les femmes, le couple, le milieu littéraire parisien, les communautarismes, l'école, l'argent, tout y passe… Je ne suis pas le premier à m'intéresser à la figure du monstre : Sade, Lautréamont, Dostoïevski, Houellebecq et Brett Easton Ellis…* » (« Le Monde » 20 février 2005)[22]. Est-il est plus franc quand il déclare un mois après : « *Je l'emmerde, le bon goût, moi ! Je ne veux pas me laisser dicter mes goûts. Et tant pis si ça indigne ceux qui ont la langue salée de scrupules et autres niaiseries petites-bourgeoises (…) Je n'ai pas honte de mes propres fascismes. Ils sont là en moi, ils expriment quelque chose de ma nature, je ne les considère pas comme contre-nature, ils font partie intégrante de ma psyché.* » ?[23]

Face à un propos d'une telle ambiguïté, chacun est libre de conclure que le livre est antisémite et que l'auteur l'est aussi, et que FLAMMARION ne s'est pas couvert de gloire en publiant cet auteur, ou bien qu'il n'en est rien, ou bien encore que cette préface ne relève de rien d'autre que d'une posture médiatiquement rentable.

Cette dédicace peut-elle être interprétée comme faisant un chemin à rebours du travail de distanciation dont le Tribunal marque, à raison, l'existence dans le roman, puisque tous les signes de médiations sont là et bien là ; Personnages, histoire, distance, travail formel ?

Condamner l'auteur sur ces seuls mots, du point de vue de la loi pénale, semble délicat, tant il est difficile d'imposer judiciairement un

[22] Le Monde 20 février 2005

[23] Chronic Art mars 2005

sens à ce qui reste un jeu d'adresse.

Sur le délit de message pornographique et violent.

La motivation du Tribunal utilise également l'argument de la fiction, donc de la mise à distance, pour en déduire que ce délit n'est pas non plus constitué.

Le Tribunal indique que « *la scène poursuivie à ce titre fait partie intégrante de l'œuvre littéraire, dont elle n'est pas détachable, ce qui confère aux descriptions en cause, une nature autre qu'exclusivement pornographique* ».

Or, pour dire qu'une scène pornographique ne serait pas littéraire, ne faudrait-il pas juger la valeur de l'œuvre, ce dont le Tribunal, imitant en cela les préceptes donnés au juge par la loi sur le droit d'auteur (article L112-1 du CPI), s'interdit à fort bon escient? De plus, dire qu'elle n'est pas exclusivement pornographique, c'est ajouter à la loi une condition qui n'y est pas, comme l'a déjà fait le Tribunal correctionnel de CARPENTRAS dans l'affaire concernant « Plateforme » de Michel HOUELLEBECQ[24] ou dans l'affaire concernant « Il entrerait dans la légende » de SKORECKI[25]. Rappelons que dans cette dernière espèce, la Cour d'appel de NÎMES, relaxant l'éditeur, condamna les parties civiles pour avoir saisi le Tribunal correctionnel alors que le Ministre de l'Intérieur, qu'elles avaient saisi également, n'avait pas prononcé d'interdiction sur le fondement de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1949 sur la protection de la jeunesse, ce « *qu'elles ne pouvaient ignorer* »[26].

On peut encore rapprocher cette motivation de la nature non exclusivement pornographique de celle du jugement FLAUBERT qui lui vaudra la relaxe : « *Il n'apparaît pas que son livre ait été, comme certaines œuvres, écrit dans le but unique de donner satisfaction aux passions sensuelles, à l'esprit de licence et de débauche, ou de ridiculiser des choses qui doivent être entourées du respect de tous* ».

On voit la difficulté qu'ont nos juridictions aujourd'hui à appliquer de façon orthodoxe un article de loi qui confond tout, ou que certains utilisent dans une confusion délibérée. On pourrait arguer que la littérature, ne représentant que des mots, n'est pas pornographique, limitant ainsi la définition de celle-ci à l'image pour laquelle ce terme a été conçu.

[24] 5 avril 2002 (je ne me souviens plus s'il a été publié)

[25] 27 mars 2003 L n° 202 juin 2003 p 85

[26] _

II - Sur l’élément moral des infractions : L’intention de commettre un délit.

On trouve rarement, dans une décision, autant d’éléments de contextualisation qui permettent, par leur récit, aux magistrats de l’ordre judiciaire, de prendre parti.

En l’espèce, c’est, et de façon assez curieuse, pour caractériser l’absence d’intention de commettre un délit que le Tribunal mentionne :

- L’origine de la plainte,
- la tribune dans « Le Monde » de Bernard COMMENT et Olivier ROLIN,
- le règlement de compte entre le Seuil et Flammarion. Le Tribunal marque par là qu’il connaît le contexte conflictuel dont les enjeux ne sont pas ceux de la poursuite contre le livre, mais un règlement de compte entre éditeurs.

Puis le Tribunal rappelle la position des édiles, dont le moins que l’on puisse en dire est qu’elle est contradictoire. Le conflit, la divergence d’opinion entre ministres, permet au Tribunal de ne s’appuyer sur aucune de ces éminentes opinions, subtil rappel du principe de la séparation des pouvoirs.

Enfin, le Tribunal remarque que nulle « *association ne s’est constituée partie civile à l’occasion du présent litige* ». La société civile n’est pas partie au procès.

Ces éléments sont tous postérieurs à l’œuvre, et ne peuvent donc constituer les éléments moraux des infractions visées par la plainte. Dès lors, on peut s’interroger sur le fait que le Tribunal en conclut que, « *dans ces conditions, il n’est nullement établi qu’en écrivant et publiant une œuvre de fiction littéraire, les prévenus aient pu avoir conscience de commettre des délits* ».

La conscience ne pouvant être que contemporaine de l’écriture ou de la publication et non de la réception de l’œuvre, le rappel de ces éléments externes marque que la réception de l’œuvre est influençable par des éléments externes à l’œuvre.

Mais pour autant, il semble que le Tribunal indique ici, ce qui est rarissime dans la jurisprudence, que si la réception constitue l’œuvre, sa diversité efface le crime, ou, tout au moins, montre qu’il ne peut y avoir aucune certitude sur la conscience de le commettre.

Loin d’être anodin, l’anachronisme apparent de cette motivation révèle une conception enfin contemporaine de l’œuvre. C’est le spectateur qui

fait l'œuvre, disait DUCHAMP. Dès lors, chacun s'en fait sa propre idée, ce qui rend difficile la tâche du juge quand on lui demande de privilégier une interprétation plutôt qu'un autre.

Le privilège de la fiction, dès lors, n'est plus un privilège, mais une vertu ontologique de l'œuvre. L'impunité lui est consubstantielle. Sinon, il n'y a plus œuvre, mais communication, argumentation logique, toute forme d'adresse, de discours qui se risque à une interprétation dominante à laquelle l'œuvre résiste. Pour combien de temps encore ?

ANNEXES

I. Extraits du CPI

Titre 1er Objet du droit d'auteur
Chapitre Ier : Nature du droit d'auteur.
Article L111-1 :
« *L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.* »

Article L111-2 :
« *L'oeuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur.* »

Titre 1er Objet du droit d'auteur
Chapitre II : œuvres protégées.
Article L112-1 :
« *Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.* »

II. Loi du 29 juillet 1881

Article 1er :
« *L'imprimerie et la librairie sont libres* »

Article 24, 8ème alinéa :
« Seront punis de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article précédent, auront directement provoqué, dans le cas où cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet, à commettre l'une des infractions suivantes :

1° Les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne et les agressions sexuelles, définies par le livre II du code pénal ;

2° Les vols, les extorsions et les destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour les personnes, définis par le livre III du code pénal.

Ceux qui, par les mêmes moyens, auront directement provoqué à l'un des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation prévus par le titre Ier du livre IV du code pénal, seront punis des mêmes peines.

Seront punis de la même peine ceux qui, par l'un des moyens énoncés en l'article 23, auront fait l'apologie des crimes visés au premier alinéa, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi.

Seront punis des peines prévues par l'alinéa 1er ceux qui, par les mêmes moyens, auront provoqué directement aux actes de terrorisme prévus par le titre II du livre IV du code pénal, ou qui en auront fait l'apologie.

Tous cris ou chants séditieux proférés dans les lieux ou réunions publics seront punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 5° classe.

Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement.

Seront punis des peines prévues à l'alinéa précédent ceux qui, par ces mêmes moyens, auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal.

En cas de condamnation pour l'un des faits prévus par les deux alinéas précédents, le tribunal pourra en outre ordonner :

1° Sauf lorsque la responsabilité de l'auteur de l'infraction est retenue sur le fondement de l'article 42 et du premier alinéa de l'article 43 de la présente loi ou des trois premiers alinéas de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, la privation des droits énumérés aux 2° et 3° de l'article 131-26 du code pénal pour une durée de cinq ans au plus ;

2° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal. »

Article 33, alinéa 3 :

« L'injure commise par les mêmes moyens envers les corps ou les personnes désignés par les articles 30 et 31 de la présente loi sera punie d'une amende de 12 000 euros.

L'injure commise de la même manière envers les particuliers, lorsqu'elle n'aura pas été précédée de provocations, sera punie d'une amende de 12 000 euros.

Sera punie de six mois d'emprisonnement et de 22 500 euros d'amende l'injure commise, dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Sera punie des peines prévues à l'alinéa précédent l'injure commise dans les mêmes conditions envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap.

En cas de condamnation pour l'un des faits prévus par les deux alinéas précédents, le tribunal pourra en outre ordonner :

1° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal. ».

III. Article 227-24, code pénal.

« Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.

Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables. ».